

# LOS TRIBUNALES ARBITRALES DE LOS ACUERDOS PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE LAS INVERSIONES (APPRIIS) COMO MEDIO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS TRIBUTARIAS<sup>1</sup>

*Aurora Ribes Ribes*

Catedrática de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Alicante

**Sumario:** I. Consideraciones generales. II. El arbitraje previsto en los APPRIIS como cauce alternativo para dirimir los conflictos tributarios en el plano internacional. III. El veto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al arbitraje de inversiones de los APPRIIS. 1. Problemática generada en materia de ayudas de Estado. 2. La pretendida falta de legitimidad de otras instancias de solución de conflictos como vía de preservación de la autonomía del Derecho de la Unión Europea. Valoración crítica. IV. Alternativas propuestas *versus* posible extensión de la doctrina *Achmea* a otros Tribunales arbitrales. 1. Posibles soluciones de carácter multilateral en el ámbito de la protección de inversiones. El alcance de la doctrina *Achmea*. 2. Nuestra propuesta de *lege ferenda* para mejorar la tutela de los contribuyentes en el doble ámbito europeo e internacional. 2.1 La viabilidad del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como Corte Fiscal arbitral en el seno de la Directiva de resolución de litigios fiscales de 2017. 2.2. El Tribunal Internacional de Inversiones del *Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)* como modelo para una futura Corte Fiscal Internacional. V. Conclusión. VI. Bibliografía

---

1. El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación «Los Planes de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, y la seguridad jurídica en el ordenamiento europeo e internacional» (PROMETEO/2016/053), concedido por la Generalitat Valenciana a grupos de investigación de excelencia.

## I. CONSIDERACIONES GENERALES

Pese a ser el más importante, el ámbito de los convenios para evitar la doble imposición internacional y prevenir la evasión fiscal (CDI) no es el único en el que pueden plantearse conflictos de ámbito internacional relacionados con la aplicación de impuestos directos. Un segundo escenario, que cobra cada vez más auge, es el de los Acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI) —en inglés, *Bilateral Investment Treaties* (BIT)—, concebidos como tratados internacionales firmados entre dos Estados con la finalidad de garantizar un marco de protección recíproca a las inversiones transfronterizas y, en concreto, a las realizadas por los inversores de un Estado contratante en el otro Estado contratante y viceversa. No es, por tanto, un acuerdo que verse sobre la materia tributaria de forma directa, pero sí puede incidir indirectamente en las relaciones tributarias.

De hecho, los APPRI, a imagen y semejanza de los Tratados de libre comercio, constituyen un instrumento jurídico propio del Derecho Internacional que se utiliza desde hace décadas —el primero se firmó en 1959—, y que en la actualidad está conociendo un cierta revitalización, con ocasión de la globalización económica, caracterizada por la inversión extranjera y la expansión de los grupos multinacionales. Prueba de ello son las negociaciones que la Unión Europea (UE) está desarrollando<sup>2</sup>, desde que en 2009 se incluyera la Política comercial como competencia exclusiva de la misma en el artículo 207 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en aras a buscar vías que garanticen un mejor acceso a los mercados de terceros países. Con este objetivo están viendo la luz una serie de Acuerdos de Libre Comercio, de alcance más amplio, que van más allá de las reducciones arancelarias y del comercio de bienes, englobando, entre otros contenidos, un determinado estándar de protección de las inversiones. Ejemplo de esta nueva generación de Acuerdos de Libre Comercio, conocidos ahora como APPRI, es el Acuerdo entre la UE y Canadá, suscrito el 26 de septiembre de 2014 y oficialmente firmado el 30 de octubre de 2016 (*Comprehensive Economic and Trade Agreement —CETA*<sup>3</sup>—).

La relevancia de esta figura convencional —y su repercusión en materia tributaria a través del cauce arbitral, como seguidamente comentaremos— se advierte al comprobar la existencia de más de tres mil Acuerdos de este tipo en el momento actual. España cuenta ya con 71 APPRI firmados y en vigor, mien-

---

2. PÉREZ BERNABEU, B.: «Consecuencias en materia tributaria del Capítulo sobre inversiones del TTIP», en *Crónica Tributaria* n° 161, 2016, pp. 147 y 148.

3. El CETA se aplica provisionalmente desde el 21 de septiembre de 2017 (DO L 11, de 14 de enero de 2017, p. 23). Sin embargo, no se aplican provisionalmente la sección relativa a la protección de las inversiones, salvo el artículo sobre transferencias y la sección relativa a la resolución de diferencias entre inversores y Estados. Asimismo, solo resultan de aplicación los apartados del capítulo octavo en la medida en que se refieran a una inversión extranjera directa. Decisión (UE) 2017/38 del Consejo, de 28 de octubre de 2016, relativa a la aplicación provisional del Acuerdo Económico y Comercial Global (AEGG) entre Canadá, por una parte, y la UE y sus Estados miembros, por otra (DO L, de 14 de enero de 2017, p. 1.080).

tras que EEUU, por su parte, ha diseñado su propio Modelo de Acuerdo (*US Model BIT*), cuya última versión data de 2012.

## **II. EL ARBITRAJE PREVISTO EN LOS APPRIs COMO CAUCE ALTERNATIVO PARA DIRIMIR LOS CONFLICTOS TRIBUTARIOS EN EL PLANO INTERNACIONAL**

A los efectos del presente trabajo, la importancia de los APPRIs radica en el cauce arbitral que albergan como medio de solución de diferencias —derivadas de la aplicación del Acuerdo— a escala internacional. Nótese que en este caso, además, se trata de un auténtico arbitraje (entendido como mecanismo autónomo y alternativo a la vía judicial —si así lo establece el Acuerdo—) y, por tanto, de un escenario distinto al de la cláusula arbitral prevista en los CDI. A mayor abundamiento, el hecho de que el inversor pueda acudir directamente al arbitraje<sup>4</sup>, reclamando al Estado anfitrión cuando considere que se ha vulnerado la protección de su inversión (sistema denominado *ISDS* —*Investor State Dispute Settlement*—) de acuerdo con lo dispuesto en el APPRI, abre un nuevo horizonte al contribuyente (en su condición de inversor protegido por el APPRI) en el plano de la tutela efectiva de sus derechos. Especial interés reviste, por ello, la actual negociación del *Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)* entre la UE y EEUU, como Acuerdo en el que también se prevé el arbitraje como vía de resolución de discrepancias.

En líneas generales, puede afirmarse que los APPRIs garantizan a los inversores extranjeros un tratamiento justo y equitativo, así como plena protección y seguridad conforme al Derecho Internacional, que implica no obstaculizar, mediante medidas arbitrarias o discriminatorias, la gestión, mantenimiento, uso y enajenación de las inversiones, conjuntamente con un tratamiento igual que el otorgado a los nacionales y una cláusula de nación más favorecida. Esta protección se proyecta sobre las inversiones, entendiendo por tales todo tipo de activos (tangibles, intangibles y derechos a la realización de actividades) invertidos por los inversores nacionales de una parte contratante en el territorio de la otra, extendiéndose asimismo a las rentas producidas por dichas inversiones (en particular, beneficios, dividendos, intereses, cánones y plusvalías).

Resulta obvio, en este orden de ideas, que las inversiones incluidas en el ámbito de protección de un APPRI podrían, en principio, verse afectadas por las medidas tributarias adoptadas por el Estado anfitrión. Por tal motivo, a fin de salvaguardar la soberanía tributaria de los Estados, algunos APPRIs contienen

---

4. CHAISSE, J.: «International Investment Law and Taxation: from coexistence to cooperation», en *The E15 Task Force on Investment Policy*, January 2016, <http://e15initiative.org/wp-content/uploads/2015/09/E15-Investment-Policy-Chaisse-FINAL.pdf> (última consulta: 19 de septiembre de 2019), en cuya página 10 afirma que «the taxpayer is better protected by BITS, because he or she can initiate and be present at the proceedings himself or herself; this constitutes a guaranteed right to independent and fair treatment».

una cláusula de «excepción tributaria» (*carve out*), que sustrae de la protección del Acuerdo a las relaciones tributarias, evitando de esta forma limitar aquella soberanía y, por ende, el denominado efecto de «congelación normativa»<sup>5</sup>, ante el temor de posibles indemnizaciones derivadas de decisiones arbitrales favorables a los inversores.

En la hipótesis de que el Acuerdo en cuestión contenga una cláusula de este tipo, la misma determinará el alcance de la excepción tributaria<sup>6</sup>. En base a ello la tipología de tales cláusulas puede variar, distinguiéndose las siguientes clases<sup>7</sup>: exclusión general; a favor de la aplicación de los CDI; exclusión específica en función del tipo de impuestos (directos e indirectos); exclusión por veto de las autoridades fiscales (si éstas no consideran la medida como expropiación); exclusión explícita respecto de la no discriminación y cláusula de nación más favorecida; exclusión explícita respecto del trato justo y equitativo; y, combinación de exclusión con diversas excepciones.

Obviamente, la existencia de una cláusula de excepción tributaria en los APPRI, supondrá la imposibilidad de plantear la resolución de conflictos de esta índole por la vía arbitral prevista en el Acuerdo. Aunque, como se ha señalado desde la doctrina<sup>8</sup>, no debería despreciarse la posibilidad de que dicha tensión entre la protección del inversor y la soberanía tributaria pudiera también encauzarse a través de la fórmula arbitral, como ya ocurrió, por establecer un paralelismo, con el planteamiento de conflictos tributarios ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), invocando la vulneración del derecho de propiedad. En esta línea, no debe descartarse *a priori* que el propio APPRI pueda exceptuar

---

5. «El sistema de arbitraje internacional de inversiones despierta una gran preocupación, no tanto de carácter económico, sino político, sobre la base de la teoría del indeseado enfriamiento normativo (traducción del inglés *regulatory chill*), según el cual la posibilidad de que los inversores acudan al ISDS solicitando una compensación por el daño sufrido somete a una permanente coacción al poder normativo de los Estados firmantes del Acuerdo y a sus diferentes niveles de gobierno, los cuales, por temor a estas reclamaciones, no adoptan ninguna medida legislativa por temor a que esta sea considerada discriminatoria, debido a que un cambio en la normativa del Estado anfitrión podría dar lugar a una reclamación del inversor extranjero ante un tribunal arbitral». PÉREZ BERNABEU, B.: «Consecuencias (...)». Ob. cit. p. 177; y, «Límites a la autonomía legislativa en materia tributaria derivadas del TTIP: el *regulatory chill effect*», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* n° 34, 2016-II, pp. 211-239.

6. Sirva como ejemplo de cláusula de excepción tributaria el artículo 28.7 CETA, que en relación con las medidas tributarias adoptadas por el Estado o sus gobiernos subcentrales, extiende el ámbito de esta excepción a las normas tributarias sobre no residentes, a las normas anti-abuso, garantizando además la prioridad de los CDI en caso de conflicto, e indicando que el impacto sobre el inversor derivado de la modificación de las leyes tributarias no constituye una violación del Acuerdo.

7. PÉREZ BERNABEU, B.: «Consecuencias (...)». Ob. cit. pp. 150-152; LUCHENA MOZO, G.Mª.: *Procedimientos de resolución de controversias tributarias internacionales: entre BEPS y la UE*, Thomson Reuters - Aranzadi, 2017, pp. 83-86.

8. SOLER ROCH, Mª.T.: «El arbitraje internacional en materia tributaria ¿cuestión pendiente o nueva frontera?», en: GARCÍA-OVIES SARANDESES, I., PEDREIRA MENÉNDEZ, J. y SESMA SÁNCHEZ, B. (Dirs.): *Conflictos actuales en Derecho Tributario*, Homenaje a la Profesora Manuela Fernández Junquera, Aranzadi, 2017, p. 375.

la propia excepción tributaria, posibilitando el sometimiento a arbitraje de determinadas medidas tributarias que puedan considerarse expropiaciones. De hecho, éste es el caso de lo dispuesto en el artículo 21.2 *US Model BIT*. Y ello porque si bien el tributo no puede ser considerado, en principio, como una expropiación, no es menos cierto que la protección de la inversión puede verse afectada no solo por la expropiación directa, sino también por la «indirecta»<sup>9</sup>, siendo este último concepto el que está propiciando que las contiendas tributarias puedan someterse al arbitraje de los APPRI.

De ahí que, tanto si el Acuerdo no incluye excepción tributaria, como si la contiene, los contribuyentes/inversores y, señaladamente, los grupos multinacionales, dispondrían de un nuevo marco de protección frente a determinadas medidas tributarias que puedan adoptar los Estados en los que se localizan sus inversiones. Esta vía de acceso al *ISDS* para la resolución de disputas derivadas de medidas tributarias siempre podrá intentarse, aun en el caso de que exista una excepción tributaria, bajo el argumento de que tales medidas tributarias adoptadas por el Estado anfitrión constituyen una expropiación indirecta y, en consecuencia, son contrarias a la protección de sus inversiones, garantizada por el Acuerdo. Esto último es, precisamente, lo acaecido en el Asunto Vodafone c. India<sup>10</sup>, relativo a la exigencia de un gravamen sobre ganancias de capital establecido por una ley aplicada con carácter retroactivo.

Junto a ello, debe matizarse, primero, que este sistema arbitral contempla una fase previa<sup>11</sup> en la que las partes puedan tratar de arreglar la controversia mediante el procedimiento amistoso; y, segundo, que el arbitraje de los APPRI no excluye la vía judicial. Así se contempla, por ejemplo, en el APPRI entre España y Mauritania<sup>12</sup>, publicado oficialmente en 2016, donde se establece que el inversor deberá notificar por escrito al Estado receptor de la inversión las

---

9. SOLER ROCH, M<sup>a</sup>.T.: «El arbitraje (...)». Ob. cit. p. 376; PÉREZ BERNABEU, B.: «El concepto de expropiación indirecta del Derecho Internacional de inversiones como límite al poder tributario de los Estados». Comunicación presentada en el I Seminario de Derecho Internacional Privado sobre «Regulación de la actividad económica en el ámbito internacional y libertad de establecimiento (cuestiones societarias, fiscales, de Derecho de la competencia, Derecho privado y arbitraje)», celebrado en Barcelona los días 26 y 27 de octubre de 2017.

10. SC, 20 January 2012, Civil Appeal 733/2012, *Vodafone International Holdings B.V. v. Union of India* [2012] 341 ITR 1 (SC), Tax Treaty Case Law IBFD. La sentencia puede consultarse en: <http://www.internationaltaxreview.com/pdfs/SLP-26529-VODAFONE-CJI-AND-S-KUMAR-2.pdf>

11. El *investor-to-State dispute settlement* (ISDS) se encuentra pormenorizadamente regulado en los artículos 23 a 36 del *US Model BIT*, que asimismo prevé una fase previa de consulta y negociación antes de acudir al procedimiento de arbitraje. Con anterioridad, el inversor dispone de noventa días para comunicar su intención de acudir al arbitraje, pudiendo presentar la correspondiente demanda transcurridos seis meses desde dicha notificación. El arbitraje se regula por la *ICSID Convention*. El Tribunal lo integran tres árbitros, uno designado por cada parte y el tercero, que actuará como Presidente, nombrado de mutuo acuerdo. Las decisiones vincularán a las partes y, en caso de ser favorables al inversor, consistirán en una indemnización por los daños causados, con inclusión de intereses, y/o la restitución de la propiedad, sin que exista la posibilidad de establecer sanciones.

12. Acuerdo entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania sobre la promoción y protección recíproca de inversiones de 24 de julio de 2008 (BOE de 26 de marzo de 2016).

cuestiones relativas a la controversia y ambas partes tratarán de resolver sus diferencias de forma amistosa. Si transcurridos seis meses tal arreglo no hubiera sido posible, el conflicto se someterá, a elección del inversor: bien a un Tribunal competente de ese Estado, o bien a un Tribunal de arbitraje *ad hoc* constituido de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; o al «Convenio sobre el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados» (CIADI), si los Estados firmantes del acuerdo se han adherido a éste; o, en su defecto, conforme al Mecanismo Complementario del CIADI (Banco Mundial). Sea cual fuere el mecanismo empleado, las decisiones arbitrales serán definitivas y vinculantes para las partes.

Sin duda, el arbitraje previsto en los acuerdos de protección de inversiones debe ser valorado positivamente<sup>13</sup> desde la óptica de la tutela judicial efectiva de los derechos de los contribuyentes a escala internacional, no obstante constituir una «puerta trasera»<sup>14</sup> por la cual acceder a dicha protección y, sobre todo, a pesar de las reticencias que sobre este sistema ha manifestado ya la UE, y que constituirá nuestro objeto de estudio en el siguiente epígrafe.

### III. EL VETO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA AL ARBITRAJE DE INVERSIONES DE LOS APPRIs

#### 1. Problemática generada en materia de ayudas de Estado

Retomando el arbitraje de inversiones como método de solución de controversias internacionales en sede tributaria, detectamos no pocas zonas de fricción con la UE cuando se trata de APPRIs en los que una de las partes es un Estado miembro. Este recelo, que ha ido en aumento, se ha puesto de relieve hasta la fecha en dos ámbitos distintos.

Un primer frente es el suscitado en materia de ayudas de Estado. En efecto, cabe llamar la atención sobre el conflicto que una indemnización derivada de una decisión arbitral favorable al inversor/contribuyente puede generar, en los casos en los que el Estado anfitrión fuera miembro de la UE y la medida contraria al APPRI se hubiera adoptado en cumplimiento de una decisión de la Comisión en el seno del procedimiento de ayudas de Estado.

Ilustra este supuesto el llamado Caso *Micula*<sup>15</sup>, en el que la entrada de Rumanía en la UE supuso la adaptación de su legislación tributaria al Derecho euro-

---

13. En contra de esta opinión: HOBER, K.: «Investment treaty arbitration: a brief overview», en *Intertax* vol. 42, n° 3, 2014, pp. 189 y ss, donde después de exponer las ventajas de la resolución de conflictos tributarios a través de los Tratados comerciales, acaba reconociendo que este sistema es poco realista.

14. SOLER ROCH, M<sup>a</sup>.T.: «El arbitraje (...)», Ob. cit. p. 373.

15. *Micula v. Romania*, ICSID Case n° ARB/05/20; 24 September 2008. Véase, sobre el tema de las indemnizaciones por expropiaciones consideradas como ayudas de Estado: LUCHENA MOZO, G.M<sup>a</sup>.: *Procedimientos (...)*. Ob.cit. pp. 94-96.

peo, lo que conllevó la derogación de determinados incentivos fiscales concedidos a inversores extranjeros que eran contrarios a la normativa sobre ayudas de Estado. Los inversores (hermanos *Micula*) recurrieron contra dicha supresión ante la instancia arbitral prevista en el Acuerdo entre Rumanía y Suecia, que falló a su favor, otorgándoles la correspondiente indemnización.

La Comisión europea, sin embargo, consideró en su Decisión de 30 de marzo de 2015<sup>16</sup> que la aplicación y ejecución del laudo arbitral constituía una ayuda de Estado, al entender que «la presencia de una ventaja no se excluye por el hecho de que el pago de la compensación concedida a los demandantes por el Tribunal mediante la aplicación o ejecución del laudo arbitral implique un pago de indemnización en concepto de daños y perjuicios». O lo que es igual, según la Comisión europea, si el beneficio fiscal era ayuda de Estado ilegal, también lo es la indemnización otorgada por haber perdido dicho beneficio.

Con el fin de soslayar esta problemática de difícil solución<sup>17</sup>, la propia UE ha propuesto en relación con el Capítulo de Inversiones del TTIP una cláusula expresa de salvaguardia<sup>18</sup>, en virtud de la cual la protección de las inversiones no afectará a la posibilidad de las partes de suprimir «subsidios», incluyendo en este concepto las ayudas de Estado con arreglo al Derecho de la UE.

2. La pretendida falta de legitimidad de otras instancias de solución de conflictos como vía de preservación de la autonomía del derecho de la Unión Europea. Valoración crítica.

No obstante, los eventuales conflictos entre el sistema de arbitraje internacional de inversiones y las instituciones europeas no acaban ahí. Como se ha señalado en líneas previas, tras la asunción de la inversión extranjera directa como parte de la política comercial común de la UE (artículo 207 TFUE) y, por tanto, como competencia exclusiva de la misma a raíz del Tratado de Lisboa<sup>19</sup>, la Comisión europea emprendió una cruzada contra los APPRIs firmados entre Estados miembros (APPRIs *ad intra*). Esta situación es acreedora de una especial trascendencia, sobre todo si se tiene en cuenta que de los 3.000 APPRIs actualmente en vigor, los Estados miembros de la UE son parte en aproximadamente 1.400, de los que 191 constituyen APPRIs *ad intra*.

Como afirma Pérez Bernabeu<sup>20</sup>, la coexistencia del Derecho de la UE con los APPRIs *ad intra* ha sido siempre una cuestión conflictiva y de gran complejidad. La Comisión europea mostró desde el primer momento su disconformidad con

---

16. Decisión (UE) 2015/1470, de la Comisión, de 30 de marzo de 2015 (DOUE de 4 de septiembre de 2015).

17. SOLER ROCH, M<sup>a</sup>.T.: «El arbitraje (...)». Ob. cit. p. 379, donde califica esta espiral de «bucle de difícil solución», a la vez que «nuevo y discutible frente abierto por la Comisión europea desde la «trinchera» de la normativa sobre ayudas de Estado de consecuencias imprevisibles».

18. Artículo 24 y nota 2 de la Propuesta.

19. De ahí que la Comisión europea negocie, en nombre de la UE, disposiciones sobre inversiones en determinados Acuerdos de Libre Comercio (*Free Trade Agreements*).

20. PÉREZ BERNABEU, B.: «El arbitraje internacional de inversiones como fuente de protección del contribuyente en el ámbito internacional tras la Sentencia del TJUE de 6 de marzo de 2018, Caso Achmea», en: RUDA GONZÁLEZ, A. y JEREZ DELGADO, C. (Coords.): *Estudios sobre Jurispruden-*

la coexistencia de estos Acuerdos, calificándolos de «anomalías» dentro del Mercado interior de la UE y reclamando su denuncia. En 2006 alertó a los Estados miembros del potencial conflicto entre el Derecho de la UE y las previsiones de los APPRIs. Y, prueba de esta actitud reticente, ha sido también su participación como «*amicus curiae*» en los procedimientos arbitrales<sup>21</sup> suscitados entre inversores de un Estado miembro y otro país miembro de la UE.

El origen del problema estriba en que cuando se concluyeron la práctica totalidad de esos 191 APPRIs, en la década de los noventa, muchos de los países partícipes no eran Estados miembros de la UE. Se trataba principalmente de Estados del centro y este de Europa que, posteriormente, se adhirieron a la UE, dando lugar a un gran número de APPRIs *ad intra*.

Hasta la fecha, empero, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) no había respaldado la postura de la Comisión europea; antes al contrario, se había pronunciado en favor de la pervivencia<sup>22</sup> de tales APPRIs *ad intra*, en el entendimiento de que debido a su condición de tratado internacional y al hecho de versar sobre una materia que, en el momento de su firma no había sido «comunitarizada», mantenían su vigencia tras la incorporación de dichos Estados firmantes a la UE. No obstante, la Sentencia recaída en el Caso *Achmea*<sup>23</sup> ha supuesto un punto de inflexión en esta sede, al haber declarado el Alto Tribunal que los tribunales arbitrales nacidos al amparo de los APPRIs *ad intra* constituyen una amenaza respecto a la autonomía del Derecho de la UE, tildándolos de incompatibles con los artículos 267 y 344 TFUE.

Este pronunciamiento, dictado el 6 de marzo de 2018, en contra de las Conclusiones del Abogado general<sup>24</sup>, parece inspirarse en la filosofía del controvertido Dictamen 2/2013 del TJUE, de 18 de diciembre de 2014, relativo a la adhesión de la UE al CEDH, del que ya emanaba una cierta hostilidad del TJUE hacia otras instancias de solución de controversias entre Estados miembros, que ahora se dirige contra el ISDS (*investor-to-State dispute settlement*). De hecho, no es la primera vez que el TJUE subraya sus funciones jurisdiccionales como garante y último intérprete del Derecho de la UE frente a instituciones internacionales de carácter permanente.

Las claves del razonamiento del TJUE se polarizan en torno a tres argumentos. En primer término, el Tribunal europeo advierte que los tribunales de inversión pueden potencialmente interpretar el Derecho de la UE, en la medida en que pueden tomar en consideración el Derecho vigente de la parte contratante afectada y otros tratados que sean pertinentes entre las partes.

---

*cia Europea* (Materiales del III Encuentro anual del Centro español del European Law Institute), Editorial SEPIN (de inminente publicación).

21. PÉREZ BERNABEU, B.: «El arbitraje (...)». Ob. cit.

22. STJUE de 10 de noviembre de 1992, *Exportur/LOR y Confiserie du Tech*, C-3/91.

23. STJUE de 6 de marzo de 2018, *Achmea*, C-284/16.

24. Conclusiones del Abogado general Melchior Wathelet, emitidas el 19 de septiembre de 2017.



Los riesgos que eventualmente pudieran derivarse de dicha capacidad de interpretar el Derecho de la UE podrían neutralizarse si los tribunales arbitrales de inversión pudieran considerarse «órganos judiciales» en sentido comunitario, en la medida en que estarían facultados para plantear las oportunas cuestiones prejudiciales cuando fuera procedente. Sin embargo, el TJUE estima que, en base a la naturaleza excepcional de su jurisdicción, estos tribunales no pueden concebirse como parte del sistema judicial de la UE, por lo que su actuación sigue poniendo en riesgo —a su juicio— el monopolio jurisdiccional que detenta el TJUE y, a la postre, la propia autonomía del Derecho de la UE.

En tercer lugar, el Tribunal de Luxemburgo se pregunta si el laudo emitido por el tribunal arbitral estaría sujeto a la revisión de un tribunal de un Estado miembro de la UE, lo que garantizaría —en última instancia— el control de la posible interpretación y aplicación del Derecho de la UE por el TJUE. La respuesta a ello es negativa, al constatar el TJUE la limitación de los medios de revisión de tales laudos arbitrales, que no son sino el resultado de «un tratado mediante el cual los Estados miembros se comprometen a sustraer de la competencia de sus propios tribunales, y, por tanto, del sistema de vías de recurso judicial que el Derecho de la UE les impone establecer en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la UE, los litigios que puedan referirse a la aplicación o interpretación de ese Derecho»<sup>25</sup>.

De conformidad con ello, el TJUE concluye que los Estados miembros de la UE, mediante la firma de APPRIs *ad intra*, «han establecido un mecanismo de resolución de litigios entre un inversor y un Estado miembro que puede impedir que dichos litigios sean dirimidos de manera que se garantice la plena eficacia del Derecho de la UE, aun cuando pudiera tratarse de la interpretación o aplicación del Derecho de la Unión»<sup>26</sup>.

Las consecuencias derivadas de esta Sentencia son muy relevantes. Tomando como premisa el principio de supremacía del Derecho de la UE, el pronunciamiento del TJUE forma ya parte del ordenamiento jurídico europeo y vincula, por tanto, a todos los Estados miembros, a riesgo de ser objeto de un recurso por incumplimiento en caso contrario. También los órganos jurisdiccionales nacionales quedan obligados a su aplicación de manera inmediata, toda vez que como ya declaró el TJUE, los Tribunales nacionales de los Estados miembros son tribunales de la UE y, en consecuencia, deben considerar inaplicables las cláusulas de los acuerdos internacionales firmados entre Estados miembros, cuando éstas resulten incompatibles con el Derecho europeo.

Con independencia de ello, lo cierto es que la ausencia de cualquier referencia temporal por parte del TJUE, relativa a un plazo o período de transición durante el cual los Estados miembros deban acompasar su normativa al reciente pronunciamiento, genera, cuanto menos, una cierta inseguridad jurídica. En este contexto, no resultaría extraño que los Estados miembros que todavía no han

---

25. Véase el apartado 55 de la Sentencia *Achmea*, ya citada.

26. Véase el apartado 56 de la Sentencia *Achmea*, ya citada.

cumplido con los requerimientos de la Comisión europea<sup>27</sup> (todos, menos Italia, Irlanda, Polonia y Dinamarca), procedan a denunciar los APPRIs *ad intra* en vigor, so pena de incurrir en un incumplimiento del Derecho europeo y ser objeto del procedimiento previsto en el artículo 258 TFUE.

Ahora bien, como advierte Pérez Bernabeu<sup>28</sup>, «la reclamada denuncia de los APPRIs *ad intra* por parte de la Comisión tampoco asegura en todos los casos el cumplimiento inmediato, pues, en la mayoría de los casos, los APPRIs contienen una cláusula de pervivencia en virtud de la cual el Estado anfitrión está obligado a seguir concediendo protección al inversor extranjero un determinado periodo (que oscila entre los 10 a 20 años) tras la finalización de la vigencia del Acuerdo. Esto implica que, durante todo ese periodo de tiempo posterior a la finalización del APPRI, el inversor puede someter a conocimiento de un tribunal arbitral los litigios suscitados con el Estado anfitrión». Con el problema añadido de que durante todo ese tiempo de pervivencia del Acuerdo se mantendría la eventual situación de incumplimiento del Derecho de la UE por parte de los Estados miembros incurso en esta situación.

Abundando en el tema, la citada sentencia plantea muchos otros interrogantes en sede de tutela de los derechos de los inversores/contribuyentes, especialmente si tenemos en cuenta que «la piedra angular»<sup>29</sup> del régimen de protección que los APPRIs ofrecen es el arbitraje. ¿Qué ocurre entonces con los procedimientos arbitrales *intra*-UE ya iniciados y pendientes de resolución? ¿Y cuáles son los efectos, de otra parte, respecto de los procedimientos arbitrales ya concluidos con emisión del correspondiente laudo arbitral condenatorio del Estado miembro receptor de la inversión?

En respuesta a la primera cuestión, cabe esperar que los Estados miembros parte en estos litigios aleguen en el seno del procedimiento arbitral el pronunciamiento del TJUE como excepción. Sin embargo, sería muy probable que los

---

27. Con fecha 18 de junio de 2015 la Comisión europea solicitó a cinco Estados miembros (Holanda, Rumanía, Eslovaquia y Suecia) que pusieran fin a sus Tratados internacionales de inversión, señalando que los firmados entre países miembros no son compatibles con el Derecho de la UE. Véase: European Commission - Press Release: «Commission asks Member States to terminate their intra-EU bilateral investment treaties», Brussels, 18 June 2015. Accesible en: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-5198\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_en.htm) (última consulta: 16 de septiembre de 2019). Si bien esta posición no es novedosa, pues la Comisión europea lleva años advirtiendo a los Estados miembros al respecto, la falta de reacción de éstos motivó que se iniciara la primera fase del procedimiento de infracción. Simultáneamente, la Comisión solicitó información e inició un diálogo institucional con los 21 Estados miembros restantes. DAHLQUIST, J., LENK, H. y RÖNNELID, L.: «The infringement proceedings over intra-EU investment treaties - an analysis of the case against Sweden», en *European Policy Analysis* vol.4, 2016, <http://www.sieps.se/en/publications/2016/the-infringement-proceedings-over-intra-eu-investment-treaties-an-analysis-of-the-case-against-sweden-20164epa/> (última consulta: 16 de Septiembre de 2019).

28. PÉREZ BERNABEU, B.: «El arbitraje (...)». Ob.cit.

29. Díez-Hochleitner Rodríguez, J.: «El arbitraje internacional como cauce de protección de los inversores extranjeros en los APPRIs», en *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez* nº 11, 2005, p. 50.

tribunales arbitrales no se sintieran vinculados por dicha sentencia<sup>30</sup>, habida cuenta de que el TJUE es un órgano judicial que les resulta totalmente ajeno, al radicar fuera de la UE —en Ginebra o en Nueva York— los principales centros de resolución de controversias entre inversor y Estado anfitrión de la inversión.

Por lo que concierne al segundo interrogante formulado, es evidente que el pronunciamiento dictado en el Caso *Achmea* despliega también su eficacia en relación con procedimientos arbitrales ya terminados y en los que el laudo condena al Estado receptor de la inversión. Según Pérez Bernabeu<sup>31</sup>, la estrategia a seguir en este punto tanto por la Comisión como por los Estados miembros, consistirá en evitar la ejecución del laudo arbitral, por la vía de interponer recursos contra su reconocimiento y ejecución ante los órganos jurisdiccionales nacionales que, como se ha subrayado, sí quedan vinculados directamente por la Sentencia del TJUE.

En este orden de cosas, desde la doctrina<sup>32</sup> se ha apuntado la posibilidad de acomodar la compatibilidad de las cláusulas arbitrales con el Derecho de la UE, sin necesidad de denunciar los APPRIs *ad intra* —como exige la Comisión—, a través de la modificación de la cláusula arbitral en el sentido de vetar el recurso a las normas CIADI, imponiendo como obligatoria la elección del territorio de un Estado miembro de la UE como sede del tribunal arbitral y lugar de reconocimiento del laudo.

Además, en su intento por separar el Derecho de la UE del Derecho de inversiones, la Comisión europea ha incluido salvaguardias específicas en el texto de los distintos Acuerdos negociados por la UE, que bloquean cualquier posibilidad de interpretación del Derecho de la UE por parte de los tribunales arbitrales. Buena muestra de ello son tanto el *CETA*, como el Borrador del *TTIP*, que contienen un mecanismo adicional de protección de la autonomía y primacía del Derecho de la UE en sus artículos 8.31 y 13.3, respectivamente. Conforme a estos preceptos, toda interpretación del Derecho interno ha de ser tratada como una cuestión simplemente incidental en relación al asunto principal de violación de los derechos sustantivos de los inversores, esto es, debe ser tratada como una «cuestión de hecho». En palabras de Pascual Vives<sup>33</sup>, tanto el *CETA* como el Borrador del *TTIP* «auspician un diálogo entre los órganos arbitrales y el TJUE en el ámbito procesal (los primeros tendrán en cuenta las decisiones del segundo relativas a la interpretación del Derecho de la UE), pero marcan las distancias en el plano sustantivo recetando una solución particularista (se excluye el Derecho de la UE del Derecho aplicable al arbitraje)».

Sea como fuere, lo que resulta indudable es que a través del presente pronunciamiento el TJUE intensifica la preservación de la autonomía del Derecho

---

30. PÉREZ BERNABEU, B.: «El arbitraje (...)». Ob.cit.; LUCHENA MOZO, G.M<sup>a</sup>.: *Procedimientos* (...). Ob.cit. p. 93.

31. PÉREZ BERNABEU, B.: «El arbitraje (...)». Ob.cit.

32. PÉREZ BERNABEU, B.: «El arbitraje (...)». Ob.cit.

33. PASCUAL VIVES, F.: «La Unión Europea y el arbitraje de inversión en el CETA y el TTIP», en *Revista Española de Derecho Internacional* vol.69, n° 1, 2017, p. 293.

de la UE, negando la legitimidad de otras instancias de resolución de diferencias en el plano internacional, al margen de su propia jurisdicción, lo que dificulta la actuación de los tribunales arbitrales de los APPRIs y, a la vez, contrasta con el actual contexto internacional, proclive a la introducción del arbitraje como vía de solución de conflictos en materia tributaria.

La lectura de esta situación, desde la perspectiva de la tutela de los intereses de los obligados tributarios en el ámbito de la UE, se concreta en la pérdida del acceso a una instancia internacional alternativa para el arreglo de sus controversias, lo que limita sus mecanismos de defensa frente a la Administración Tributaria del Estado receptor de la inversión. Y ello porque, tras la Sentencia del TJUE dictada en el Caso *Achmea*, los inversores/contribuyentes únicamente podrán reclamar auxilio jurídico, por el eventual agravio de cualquier medida que les afecte, ante los tribunales nacionales del Estado receptor de su inversión.

#### **IV. ALTERNATIVAS PROPUESTAS *VERSUS* POSIBLE EXTENSIÓN DE LA DOCTRINA *ACHMEA* A OTROS TRIBUNALES ARBITRALES**

##### **1. Posibles soluciones de carácter multilateral en el ámbito de la protección de inversiones. El alcance de la doctrina *Achmea***

A fin de contrarrestar esta visión ultra-protectora adoptada por el TJUE, que impide entablar un cierto grado de cooperación entre el TJUE y los tribunales arbitrales, son varias las soluciones apuntadas. La primera propuesta, presentada por Alemania, Austria, Finlandia, Francia y Países Bajos en abril de 2016<sup>34</sup>, consiste en la suscripción de un Acuerdo Multilateral entre todos los Estados miembros de la UE, al objeto de sustituir la controvertida red de APPRIs *ad intra* actualmente existente, y que albergaría un medio alternativo de solución de controversias, todavía pendiente de concretar, que podría materializarse bien en la concesión al TJUE de competencia para dirimir los litigios surgidos entre inversores europeos y Estados miembros, bien en la creación de un Tribunal Permanente de inversiones, o bien en la resolución de las discrepancias mediante tribunales arbitrales bajo los auspicios de dicho Tribunal Permanente de inversiones.

En nuestra opinión, un convenio multilateral facilita la introducción de medidas multilaterales, como es el caso del procedimiento de resolución de conflictos, en comparación con los problemas que estas iniciativas encuentran en el marco bilateral.

En la misma dirección, tampoco son desdeñables los esfuerzos de la Comisión europea que, por un lado, viene desarrollando actuaciones, con el apoyo de Canadá, en aras a lograr el consenso internacional necesario para la implan-

---

34. Non-paper from Austria, Finland, France, Germany and The Netherlands, presented on April 2016 to the Trade Policy Committee of the Council. Accesible en: [https://www.tni.org/files/article-downloads/intra-eu-bits2-18-05\\_0.pdf](https://www.tni.org/files/article-downloads/intra-eu-bits2-18-05_0.pdf) (última consulta: 18 de septiembre de 2019).

tación de un Tribunal Multilateral de Inversiones<sup>35</sup>, como órgano permanente de solución de diferencias; y, por otro lado, presentó una propuesta<sup>36</sup> el 25 de julio de 2017 encaminada a sustituir el arbitraje de inversiones por un sistema de mediación de inversiones.

Con posterioridad a la Sentencia *Achmea*, la Comisión Europea se ha posicionado de nuevo sobre la difícil convivencia entre las obligaciones derivadas de los Tratados bilaterales o multilaterales de protección de inversiones y las competencias jurisdiccionales de la UE. En su Comunicación COM (2018) 547 final, de 19 de julio de 2018<sup>37</sup>, la Comisión declara la incompatibilidad con el Derecho de la UE, del sometimiento por parte de los Estados miembros a mecanismos arbitrales para la resolución de disputas que involucren el Derecho europeo y que excluyan de la decisión sobre el mismo a los Tribunales de los Estados miembros —en cuanto órganos jurisdiccionales de la UE— y al TJUE. De ahí que tras el pronunciamiento recaído en el Caso *Achmea*, haya cobrado una gran relevancia la determinación de si una materia litigiosa cae o no en el ámbito de aplicación del Derecho de la UE.

Llegados a este punto, urge conocer la compatibilidad de las distintas propuestas de la Comisión (tanto del Tribunal arbitral de carácter permanente, como del Tribunal multilateral de inversiones) con la jurisdicción del TJUE. Aunque la Comisión europea no incluyó esta cuestión en su petición de dictamen al TJUE sobre el alcance de su competencia para celebrar el Acuerdo de Libre Comercio con Singapur, el pronunciamiento del TJUE al respecto resulta inevitable<sup>38</sup>. Las Conclusiones del Abogado general Bot en el procedimiento de Dictamen del TJUE 1/17, publicadas el 29 de enero de 2019, son favorables a esta compatibilidad.

Fruto de la presión ejercida por la Comisión Europea en este tema, el 15 de enero de 2019 veintidós Estados miembros adoptaron una Declaración política<sup>39</sup>

---

35. Véase: Commission's factsheet on the multilateral investment court, accesible en: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/september/tradoc\\_156042.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/september/tradoc_156042.pdf) (última consulta: 19 de septiembre de 2019).

36. European Commission: Consultation Document: Prevention and amicable solution of disputes between investors and public authorities within the single market. Accesible en: [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2017-investment-protection-mediation-consultation-document\\_en\\_1.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2017-investment-protection-mediation-consultation-document_en_1.pdf) (última consulta: 19 de septiembre de 2019).

37. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre «Protección de la inversión intra-UE», COM(2018) 547 final. Bruselas, 19.7.2018. Accesible en: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/ES/COM-2018-547-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF> (última consulta: 19 de septiembre de 2019).

38. PÉREZ BERNABEU, B.: «Redefiniendo la estrategia europea de resolución de conflictos tributarios relacionados con la inversión extranjera: implicaciones para los actuales mecanismos arbitrales de resolución de controversias tributarias en el ámbito internacional», en Documentos de trabajo (IEF) n° 11, 2019, pp.236-247. Nótese, como apunta esta autora, que Bélgica condicionó su apoyo al CETA a la solicitud de un dictamen al TJUE sobre este aspecto.

39. Declaration of the representatives of the Governments of the Member States, of 15 January 2019 on the legal consequences of the judgment of the Court of Justice in *Achmea* and on investment protection in the European Union. Accesible en: <https://ec.europa.eu/info/sites/info/>

en la que anunciaban una serie de acciones en relación con los APPRI existentes y los procedimientos arbitrales en curso. En dicha Declaración, suscrita por Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Chequia, Dinamarca, Alemania, Estonia, Grecia, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Holanda, Polonia, Portugal, Rumanía, Eslovenia, España y Reino Unido, se estableció que no se iniciará ningún otro procedimiento arbitral *intra*-EU en el ámbito de la protección de inversiones, sustituyéndose dichos APPRI por un Convenio multilateral o, cuando se demuestre más eficaz, nuevos convenios bilaterales entre Estados miembros no más tarde del 6 de diciembre de 2019.

Ahora bien, como afirma Villar Ezcurra, «a nadie se le escapa que las cuestiones que plantea la Comunicación sobre la protección de las inversiones intra-UE van a tener una trascendencia muy superior al reducido ámbito de los Tratados de Protección de Inversiones, pues lo que realmente está en discusión es la competencia de los Estados miembros para someter a arbitraje materias que involucran competencias de la UE y que están sometidas a la jurisdicción del Tribunal de Justicia de Luxemburgo. Estas materias pueden exceder, con mucho, del ámbito de las ayudas de Estado, en el que se han generado los muy numerosos litigios que han originado el problema, y abarcar, entre otras, por ejemplo, todas las libertades comunitarias. Por ello, el comunicado de la Comisión exponiendo su postura presenta un especial interés también en el ámbito tributario, que tradicionalmente ha utilizado de manera generalizada Tratados bilaterales y multilaterales»<sup>40</sup>.

Este último extremo conecta con otro no menos importante, cual es el de si la doctrina *Achmea* podría afectar a otros mecanismos arbitrales previstos en instrumentos normativos europeos o convencionales de carácter internacional, a fin de resolver las disputas que se susciten en la órbita tributaria. En este punto, convenimos con Villar Ezcurra<sup>41</sup> en que aquélla no afectaría<sup>42</sup> a la Convención

---

files/business\_economy\_euro/banking\_and\_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties\_en.pdf (última consulta: 19 de septiembre de 2019).

40. VILLAR EZCURRA, M.: «La toma de postura de la Comisión europea sobre los límites del arbitraje entre Estados», en el *Blog Hay Derecho*, 27 de julio de 2018, <https://hayderecho.com/2018/07/27/la-toma-de-postura-de-la-comision-europea-sobre-los-limites-del-arbitraje-entre-estados/> (última consulta: 20 de septiembre de 2019). Véase, igualmente: VILLAR EZCURRA, M.: «Implicaciones del Caso «Achmea» en asuntos fiscales: límites al arbitraje, jurisdicción exclusiva del TJUE y convenios de doble imposición internacional», en *Quincena fiscal* nº 1-2, 2019, p. 149.

41. VILLAR EZCURRA, M.: «Implicaciones (...)». Ob.cit. pp. 170, 171 y 174.

42. Pérez Bernabeu, por el contrario, estima que la doctrina *Achmea* presenta consecuencias de largo alcance y, si bien no afectaría a los mecanismos arbitrales nacidos en el ámbito comunitario, regulados por la Convención 90/436/CEE y por la Directiva 2017/1852, sí podría cuestionar la validez de los Tribunales arbitrales que traen causa de un acto normativo ajeno a la UE, teniendo en cuenta el carácter vinculante y definitivo de sus laudos, de la imposibilidad de estos órganos arbitrales de plantear cuestiones prejudiciales al TJUE y del hecho de que puedan resolver cuestiones sustantivas que entren dentro del amplio concepto de «interpretación del Derecho de la Unión» establecido por el TJUE en el Caso *Achmea*. PÉREZ BERNABEU, B.: «Redefiniendo (...)». Ob.cit; En la misma dirección se había pronunciado ya Boulogne, en cuya opinión podría entenderse que estos Tribunales arbitrales interpretan el Derecho de la UE cuando dirimieran controversias relativas a casos de «imposición que no esté conforme con las disposiciones del convenio».

europaea sobre arbitraje<sup>43</sup>, como tampoco al cauce arbitral previsto, respectivamente, en la Directiva europea de resolución de litigios fiscales<sup>44</sup>, en los CDI bilaterales y en el Convenio Multilateral de la OCDE<sup>45</sup>.

Respecto de la Convención europea sobre arbitraje en materia de precios de transferencia de 1990, el objeto limitado del asunto sobre el que pueden plantearse las discrepancias, así como la posibilidad última de que los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre la legalidad del acto administrativo finalmente adoptado, garantiza que el control del cumplimiento del Derecho de la UE esté asegurado. Por su parte, en el caso de la vía arbitral alojada en la Directiva europea de 2017, al ser ésta una norma de Derecho derivado, su legalidad está bajo el control del TJUE, que a su vez velará por la ausencia de desviaciones de los Estados miembros en las normas de transposición<sup>46</sup>.

Tampoco parece que el alcance de la doctrina *Achmea* pueda proyectarse negativamente sobre el arbitraje alojado en el seno de los CDI bilaterales, en el bien entendido de que éstos no excluyen la competencia de los tribunales nacionales. Nótese, a mayor abundamiento, que el objeto del cauce arbitral en este caso se limita a la interpretación o aplicación de las cláusulas del propio tratado, y no del Derecho de la UE<sup>47</sup>. No se excluye, con todo, la posibilidad de que, a resultas del procedimiento amistoso, seguido o no de arbitraje, se puedan adoptar eventualmente decisiones contrarias al Derecho de la UE, que desconozcan las prohibiciones en materia de ayudas de Estado o la regulación de las libertades comunitarias, pero en tal caso el propio CDI prevé el acceso a los tribunales de justicia de los Estados miembros y, por ende, al sistema jurisdiccional de la UE<sup>48</sup>.

Por último, dadas las semejanzas que presenta el arbitraje previsto en el Convenio Multilateral de la OCDE con el cauce arbitral que alberga el artículo 25 CM OCDE, todas las consideraciones efectuadas sobre los CDI son extrapo-

---

en los términos recogidos en el artículo 25.1 CM OCDE. BOULOGNE, F.: «Implications of the CJEU's *Achmea* decision (C-284/16) on tax treaty arbitration», en *Kluwer International Tax Blog*, March 26, 2018, <http://kluwertaxblog.com/2018/03/26/implications-cjeus-achmea-decision-c-28416-tax-treaty-arbitration/> (última consulta 20 de septiembre de 2019).

43. Convenio 90/436/CEE, relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas.

44. Directiva (UE) 2017/1852 del Consejo de 10 de octubre de 2017, relativa a los mecanismos de resolución de litigios fiscales en la Unión Europea. Su entrada en vigor se produjo el 1 de julio de 2019 y se aplicará a las reclamaciones presentadas a partir de esa fecha, que se refieran a las rentas o al capital relativos al ejercicio fiscal que se inicie a partir del 1 de enero de 2018.

45. OECD: Multilateral Convention to implement tax treaty related measures to prevent base erosion and profit shifting. Vigente desde 1 de julio de 2018. Accesible en: <http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf>

46. VILLAR EZCURRA, M: «Implicaciones (...)». Ob.cit. p. 170.

47. VILLAR EZCURRA, M: «Implicaciones (...)». Ob.cit. p. 171. En apoyo de esta tesis se cita lo dispuesto en el artículo 11.2 del Real Decreto 1794/2008, de 3 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de procedimientos amistosos en materia de imposición directa, que aunque prohíbe la interposición de recursos contra los acuerdos de terminación del procedimiento, sí habilita que se puedan impugnar los actos administrativos que se dicten en aplicación de dichos acuerdos, lo que evidencia el sometimiento a control de legalidad de dichos actos.

48. VILLAR Ezcurra, M: «Implicaciones (...)». Ob.cit. p. 173.

lables al instrumento multilateral<sup>49</sup>, inclinándonos por la compatibilidad del arbitraje previsto en su seno con la doctrina jurisprudencial sentada en el Caso *Achmea*.

Conviene, no obstante, estar atentos al futuro desarrollo de esta cuestión, pues, aunque hasta el momento la toma de posición —mediante la Comunicación<sup>50</sup> citada— se refiere solo a los litigios en inversiones *intra*-UE y no a las situaciones que puedan afectar a un inversor de la UE y un tercer Estado o a un inversor de un tercer Estado en el ámbito de la UE, no es menos cierto, como indica Villar Ezcurra<sup>51</sup>, que «hay aspectos de los criterios de la Comisión que podrían también ser plenamente aplicables a este último tipo de litigios, porque, en definitiva, lo que está en cuestión tanto en un caso como en otro, es la imposibilidad de disponer por parte de los Estados miembros de competencias de la UE y de su Tribunal de Justicia».

## **2. La pretendida falta de legitimidad de otras instancias de solución de conflictos como vía de preservación de la autonomía del Derecho de la Unión Europea. Valoración crítica**

### **2.1. La viabilidad del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como Corte Fiscal arbitral en el seno de la Directiva de resolución de litigios fiscales de 2017**

Ciertamente, de entre los planteamientos propuestos al objeto de dotar de mayor eficacia el mecanismo de resolución de conflictos tributarios en el seno de la UE, siempre ha destacado la posibilidad de contemplar el TJUE como institución arbitral<sup>52</sup> orientada a tal fin. Esta tesis no es novedosa, pero ha recibido recientemente un nuevo impulso a raíz del primer caso sometido a dicho tribunal, en su función arbitral, y consiguiente pronunciamiento, recaído el 12 de septiembre de 2017<sup>53</sup>, en el ámbito del CDI entre Austria y Alemania de 2000.

---

49. VILLAR EZCURRA, M.: «Implicaciones (...)». Ob.cit. p. 174.

50. En efecto, a través de la referida Comunicación, la Comisión europea afirma que, en relación con las inversiones *intra*-UE, las libertades fundamentales pueden proteger de manera suficiente las inversiones transfronterizas en el Mercado interior cuando los inversores las ejercitan, por lo que resultan suficientemente amparados por el sistema jurídico de la UE. No se pronuncia, sin embargo, sobre los efectos *extra*-UE de la doctrina *Achmea*, ni sobre las inversiones de comunitarios en terceros Estados o sobre inversiones exteriores en la UE.

51. VILLAR EZCURRA, M.: «La toma (...)». Ob.cit. <https://hayderecho.com/2018/07/27/la-toma-de-postura-de-la-comision-europea-sobre-los-limites-del-arbitraje-entre-estados/> (última consulta: 20 de septiembre de 2019).

52. EDWARDES-KER, M.: «Tax treaty interpretation», The International Tax Treaty Series, In-Depth Publishing, Dublin, loose-leaf edition, 1994, p. 6 (Part I, Chapter 27); SERRANO ANTÓN, F.: *La resolución de conflictos en el Derecho Internacional Tributario: procedimiento amistoso y arbitraje*, Civitas - Thomson Reuters, 2010, p. 442.

53. STJUE de 12 de septiembre de 2017, *Austria v. Germany*, C-648/15.



El fundamento de esta construcción reside en el artículo 273 TFUE<sup>54</sup>, que legitima al Tribunal de Luxemburgo para conocer sobre cualquier controversia entre Estados miembros relacionada con el objeto de los Tratados, cuando dicha controversia le sea sometida en virtud de un acuerdo. De ello se colige que el Derecho de la UE exige la concurrencia de tres condiciones: 1. Debe tratarse de un conflicto entre Estados miembros; 2. Dicha contienda debe versar sobre alguna materia contenida en el TFUE; y, 3. La controversia debe someterse al conocimiento del TJUE merced a un acuerdo expreso entre los Estados implicados.

Como razonamos en un trabajo anterior<sup>55</sup>, teniendo en cuenta, en primer término, que cualquier desavenencia entre los Estados miembros que se traduzca en una vulneración del Derecho europeo debe ser sometida a la competencia judicial de este Tribunal, conforme al artículo 259 TFUE<sup>56</sup> (dado que es el único legitimado para interpretar el Derecho de la UE, en virtud de lo dispuesto en el artículo 267 TFUE<sup>57</sup>; todo lo cual viene a corroborar el artículo 344 TFUE<sup>58</sup>, mediante la prohibición de sometimiento de cualquier disputa a otro cauce de solución de conflictos) y, en segundo lugar, la actuación del TJUE como institución arbitral que prevé el citado artículo 273 TFUE, cabe concluir que el ámbito de dicha competencia arbitral se circunscribe a la resolución de problemas no directamente derivados del Derecho de la UE, en la medida en que solo el TJUE, en su función jurisdiccional, se halla legitimado para dirimir los conflictos que el ordenamiento europeo genere entre los Estados miembros<sup>59</sup>.

Con base en las consideraciones expuestas, el CDI entre Austria y Alemania, suscrito el 24 de agosto de 2000<sup>60</sup>, fue el primero en incluir en su artículo 25.5<sup>61</sup>,

---

54. De conformidad con el artículo 273 TFUE: «El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse sobre cualquier controversia entre Estados miembros relacionada con el objeto de los Tratados, si dicha controversia le es sometida en virtud de un compromiso».

55. RIBES RIBES, A.: «La resolución de los conflictos hermenéuticos en los convenios para evitar la doble imposición internacional», en *Revista de contabilidad y tributación (CEF)* n° 235, 2002, p. 50.

56. De acuerdo con el artículo 259 TFUE: «Cualquier Estado miembro podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, si estimare que otro Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados. (...)».

57. El tenor del artículo 267 TFUE reza como sigue: «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: sobre la interpretación de los Tratados; sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión; (...)».

58. Según el artículo 344 TFUE: «Los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos».

59. ZÜGER, M.: «The ECJ as Arbitration Court for the new Austria-Germany tax treaty», en *European Taxation Journal* vol.40, n° 2, 2000, p. 101.

60. Convention concluded between the Republic of Austria and the Federal Republic of Germany concerning the avoidance of double taxation with respect to taxes on income and capital, 24 August 2000.

61. El artículo 25.5 del CDI entre Austria y Alemania dispone lo siguiente, en su texto original: «If any difficulty or doubt arising as to the interpretation or application of this Convention cannot be resolved by the competent authorities in a mutual agreement procedure within a peri-

el posible recurso al TJUE, como Corte arbitral encargada de resolver las desavenencias derivadas de la interpretación y/o aplicación de dicho tratado por parte de los Estados contratantes cuando, transcurridos tres años desde el inicio del procedimiento amistoso, éste hubiera resultado infructuoso. Si bien el citado plazo fue criticado por excesivo<sup>62</sup>, lo cierto es que la articulación de esta cláusula, situados en el año 2000 —nótese que hasta 2008 no se incorporó el arbitraje al CM OCDE— encierra un significativo valor, por su carácter pionero en el establecimiento del sistema arbitral, al que deben acudir los Estados parte cuando así lo solicite el contribuyente, en defecto de acuerdo por la vía amistosa.

Las ventajas de esta propuesta en orden a determinar la mayor o menor idoneidad del TJUE a estos efectos, son evidentes: 1. El carácter adecuado del TJUE para dirimir este tipo de conflictos internacionales, dada su naturaleza independiente tanto de las Administraciones Tributarias nacionales como de los contribuyentes; 2. La mayor facilidad que entraña el recurso a un Tribunal ya existente, en comparación con la creación *ex novo* de una Corte arbitral; y, 3. La garantía de resolución efectiva del conflicto, en la medida en que el recurso arbitral al TJUE se configura como vinculante para los Estados signatarios si así lo requiere el contribuyente, con carácter subsidiario al procedimiento amistoso.

Pese a la positiva valoración<sup>63</sup> que la articulación de este sistema recibió desde la doctrina, lo cierto es que hasta la fecha esta propuesta no había trascendido la mera formulación teórica. La Sentencia de 12 de septiembre de 2017<sup>64</sup> constituye el primer pronunciamiento dictado por el TJUE, como institución arbitral, en el ámbito del artículo 25.5 del citado CDI<sup>65</sup>, al hilo del Asunto *Austria v. Germany*.

La primera cuestión que aborda el TJUE es, precisamente, la de su competencia para conocer del asunto<sup>66</sup>, que resuelve en sentido positivo tras verificar razonadamente la presencia de los tres presupuestos<sup>67</sup> exigidos por el artículo

---

od of three years after the question was raised pursuant to the previous paragraphs of this article, the States are on request of a person mentioned in Paragraph 1 of this article obliged to submit the case for arbitration to the Court of Justice of the European Communities (article 182 EC Treaty)».

62. ZÜGER, M.: «The ECJ (...)». Ob.cit. p. 102.

63. ZÜGER, M.: «The ECJ (...)». Ob.cit. p. 105; RIBES RIBES, A.: «La resolución (...)». Ob.cit. p. 51.

64. Véase, al respecto: LUCHENA MOZO, G.Mª.: «El nuevo escenario comunitario de mecanismos de resolución de litigios de doble imposición en la Unión Europea. Análisis de la STJUE de 12 de septiembre de 2017, Asunto C-648/15», en *Revista de Contabilidad y Tributación (CEF)* n° 417, 2017, pp. 103-110.

65. El caso fue sometido el 3 de diciembre de 2015 a la decisión arbitral del TJUE por parte de Austria, ante la inoperancia del procedimiento amistoso.

66. No faltan quienes han cuestionado si el TJUE ha ido demasiado lejos en el ejercicio de sus funciones. Véase, al respecto: VERHAGEN, H.: «The European Court of Justice as Court of Arbitration for disputes under DTA's (Case C-648/15), Austria v. Federal Republic of Germany», en *Kluwer International Tax Blog*, 13 September 2017. Accesible en: <http://kluwertaxblog.com/2017/09/13/european-court-justice-court-arbitration-disputes-dtas-case-c-64815-austria-v-federal-republic-germany/> (última consulta: 20 de septiembre de 2019).

67. Véase, sobre el particular: MICHEL, B.: «Austria v. Germany (Case C-648/15): The ECJ and its new tax treaty arbitration hat», en *European Taxation Journal* vol.58, n° 1, 2018, pp. 3 y 4.

273 TFUE, ya comentados. Cabe advertir que esta actuación presenta también carácter novedoso, pues estamos ante el primer caso que se somete al conocimiento del Tribunal con base en un «compromiso o acuerdo expreso» de los Estados contratantes; sin perjuicio de que el TJUE hubiese tenido ocasión de pronunciarse sobre la interpretación del ámbito de aplicación del artículo 273 TFUE en un caso previo, *Pringle*<sup>68</sup>, a raíz de una serie de cuestiones planteadas por el Tribunal Supremo de Irlanda. La sentencia es trascendental, pues en ella el TJUE confirma por primera vez su competencia para resolver mediante arbitraje disputas entre Estados miembros derivadas de la aplicación de un CDI, asumiendo un nuevo rol hasta ahora inédito.

Indudablemente, este pronunciamiento abre nuevos horizontes de cara a la resolución de los conflictos fiscales internacionales, al sentar un precedente que avala al TJUE como instancia arbitral en el seno de la UE. Partiendo de ello, han surgido voces<sup>69</sup> que reclaman avanzar un paso más, a través de la correspondiente modificación de la Directiva europea de 2017 que habilite la actuación del TJUE como institución arbitral, en lugar de la Comisión consultiva, que consideran una solución desfasada. Se trataría de devolver la competencia de resolución de litigios a las propias instituciones europeas —al TJUE—, pese a la existencia de un CDI, cuando los Estados contratantes sean miembros de la UE. Frente a los promotores de esta iniciativa y, no obstante reconocer la uniformidad y consiguiente seguridad jurídica que implicaría contar con un órgano permanente de resolución de litigios, se ha esgrimido la limitada capacidad del TJUE para asumir el elevado volumen de asuntos que se suscitarían, lo que plantea dudas<sup>70</sup> acerca de su efectiva resolución en los ajustados plazos que impone la Directiva.

En la misma dirección, conscientes de las servidumbres que presenta el TJUE, cobra nuevos bríos la sempiterna propuesta de creación de un Tribunal Fiscal Europeo<sup>71</sup>, que se insertaría en el actual marco diseñado por la Directiva de resolución de litigios fiscales de 2017, tras operar en su articulado los cambios oportunos.

Todo ello revela, en nuestra opinión, que el actual escenario de tutela de los intereses de los obligados tributarios en el plano internacional es muy mejorable. Habrá que esperar a conocer los resultados que arroja la puesta en marcha de la Directiva de 2017, como único sistema de resolución de litigios fiscales aplicable, hoy por hoy, al menos por lo que respecta al caso español, ante la falta de inclusión del arbitraje en los CDI españoles en conexión con el Convenio multilateral de la OCDE. Aun así, creemos que se han de perseguir esquemas de tutela más ambiciosos, que trasciendan el ámbito de protección otorgada en la

---

68. STJUE de 27 de noviembre de 2012, *Thomas Pringle v. Government of Ireland and others*, C-270/12.

69. MICHEL, B.: «Austria (...)». Ob.cit. p. 11; y, VOJE, J.: «EU Tax dispute resolution Directive (2017/1852): Paving the path toward a European Tax Court?». *European Taxation Journal* vol.58, nº 7, 2018, p. 315.

70. CFE Fiscal Committee: «Opinion (...)». Ob.cit. p. 353.

71. VOJE, J.: «EU (...)». Ob.cit. p. 315.

UE y se extiendan a la órbita supraeuropea. Todavía albergamos la esperanza de que la combinación de las Acciones 14 y 15 del Plan *BEPS*, plasmadas en la actualidad en el mecanismo dual (procedimiento amistoso + arbitraje) previsto en el Convenio multilateral de la OCDE dé, finalmente, sus frutos, lo cual deviene imposible sin la decidida voluntad política de los Estados de incluir el arbitraje en sus CDI, como paso previo hacia la anhelada constitución de un Tribunal Fiscal Internacional.

Desde nuestro punto de vista, la superación de estos inconvenientes, unida a la voluntad de los Estados de limitar su soberanía en el grado que exige una solución de estas características, soslayaría totalmente las dificultades existentes hoy en día para la instauración de un Tribunal internacional de naturaleza judicial o arbitral en esta sede. En definitiva, transcurridos más de veinte años desde las palabras de Skaar<sup>72</sup>, resulta algo desalentador comprobar los escasos avances logrados, pues si bien el incremento y globalización de las transacciones internacionales, así como la consolidación del Derecho de los Tratados hace tiempo que se alcanzaron, los Estados todavía no han sido capaces de asumir el sacrificio menor que la constitución de un Tribunal internacional en materia tributaria supone para ellos, en comparación con las indudables ventajas que su instauración conllevaría.

## 2.2. El Tribunal Internacional de Inversiones del *Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)* como modelo para una futura Corte Fiscal Internacional.

Si bien el devenir de los Acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI) y, por tanto, del mecanismo de resolución de conflictos internacionales alojado en su seno es, hoy por hoy, impredecible, no podemos desconocer la propuesta de creación de un Tribunal Internacional de Arbitraje por parte de la UE en el marco de las negociaciones relativas al Capítulo II sobre Inversiones del *Transatlantic Trade and Investment Partnership*<sup>73</sup> (TTIP) actualmente en vías de negociación entre EEUU y la UE.

En efecto, la Sección 3 («*Resolution of Investment Disputes and Investment Court System*») del citado instrumento convencional contempla los cauces para dirimir las posibles controversias que puedan plantear los inversores frente a las partes firmantes (EEUU en el caso de inversores de la UE y la UE o el Estado

---

72. SKAAR, A.A.: «The legal nature of mutual agreements under tax treaties», en *Tax Notes International* vol. 5, nº 6, 1992, p. 1450, donde señaló que cabía esperar que el incremento constante de las transacciones internacionales, unido a la consolidación del Derecho de los Tratados concienciara a los Estados acerca del menor sacrificio que la constitución de un Tribunal internacional fiscal supondría para ellos, en comparación con las indudables ventajas que su instauración les reportaría.

73. Propuesta de la Comisión europea, hecha pública el 16 de septiembre de 2015 y presentada oficialmente a EEUU el 12 de noviembre de 2015. Las negociaciones entre ambas partes, iniciadas en julio de 2013, se reanudaron el 22 de febrero de 2016. Véase, ampliamente: LUCHENA MOZO, G.Mª.: *Procedimientos (...)*. Ob.cit. pp. 96-100.

miembro en el que se localice la inversión, en el caso de inversores norteamericanos). El procedimiento ante el Tribunal Internacional de Inversiones (*Investment Court System, ICS*) es autónomo, alternativo e incompatible con cualquier otra instancia de revisión, nacional o internacional.

Los inversores podrían recurrir a este sistema una vez superado un período de consultas de al menos seis meses, conservando la posibilidad de solucionar la disputa de manera amistosa tanto antes como después de esta fase, o incluso de resolver sus diferencias recurriendo a la mediación de carácter voluntario en caso de mutuo acuerdo. No obstante, como se ha señalado, los inversores perderían su derecho a acudir al Tribunal Internacional de Inversiones si tienen intención de plantear o ya han presentado una reclamación similar ante instancias internacionales, o ante los órganos jurisdiccionales del Estado anfitrión. Así lo prevé el mecanismo «*fork-in-the-road*» acogido en la propuesta de la Comisión europea, que obliga al inversor a renunciar a su reclamación ante los Tribunales nacionales o cualesquiera otras instancias, de forma que no haya posibilidad de «retorno»<sup>74</sup>.

Conviene resaltar que este sistema se aleja del tradicional método «*investor-to-State dispute settlement*» (*ISDS*) previsto en los APPRI, para configurarse como una Corte Permanente<sup>75</sup>, formada por un Tribunal de Primera Instancia y un Tribunal de Apelación, que conocerá en segunda instancia cuando la decisión dictada por el primero sea recurrida. El carácter innovador de esta propuesta radica en la naturaleza híbrida<sup>76</sup> del sistema, que se mueve entre la jurisdicción y el arbitraje, ya que aunque los tribunales estarían compuestos por jueces, el procedimiento se regiría conforme a uno de los Reglamentos arbitrales a los que alude el documento de la Comisión (el CIADI —Banco Mundial—, el Mecanismo Complementario del CIADI, *UNCITRAL* (UNCTAD) —Naciones Unidas— o aquel que acuerden las partes). El laudo arbitral deberá dictarse en el plazo máximo de 18 meses, cuando se trate del procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia, o de 6 meses en el caso del Tribunal de Apelación.

La propuesta ya no habla de «árbitros», sino de «jueces» totalmente cualificados<sup>77</sup>, integrados en una lista cerrada y previamente preseleccionados por las

---

74. PÉREZ BERNABEU, B.: «Consecuencias (...)». Ob.cit. pp. 171 y 177, donde califica de acierto este enfoque «sin retorno», que imposibilita que los inversores acudan de manera simultánea o alternativa a los procedimientos de resolución de divergencias previstos en la normativa interna del país anfitrión y al del *TTIP* (en detrimento de los inversores nacionales del país anfitrión que, al no poder acudir a esta última vía, disfrutaban de un menor nivel de protección de su inversión), salvando así la crítica dirigida contra el *ISDS* en el sentido de ser una vía paralela y privilegiada.

75. Ello contrasta con el sistema de arbitraje privado inicialmente previsto en el texto del *TTIP*.

76. BEDOYA, F. y RAMÍREZ PÉREZ-LLOCA, J.L.: «Un sistema de Corte Permanente como alternativa al arbitraje de inversión: ventajas y desventajas», en *Revista del Club Español de Arbitraje* n° 26, 2016, p. 43.

77. El Tribunal de primera instancia estaría integrado por quince jueces, cinco de ellos nacionales de EEUU, cinco de Estados miembros de la UE y cinco de terceros Estados, que deberían poseer la cualificación requerida en sus respectivos ámbitos para adquirir tal condición o ser juristas de reconocido prestigio, fundamentalmente en la parcela de las inversiones y el arbitraje

partes del Tratado (y no por las partes de la controversia, como sucede en el sistema *ISDS*), que quedarían adscritos con carácter permanente a esta Corte, siendo su remuneración financiada por EEUU y la UE. Se garantiza de este modo la independencia e imparcialidad de los miembros del Tribunal.

Sin duda, esta construcción supone un avance cualitativo, no sólo respecto de la cláusula arbitral contenida en los APPRI, sino también en relación con los mecanismos de resolución de disputas internacionales existentes hasta la fecha, en la medida en que conlleva la creación de un Tribunal Internacional específico para sustanciar las diferencias surgidas de la aplicación del Tratado. En este sentido, varios son los motivos adicionales que nos llevan a efectuar una valoración positiva<sup>78</sup> del mismo.

En primer término, resulta destacable la introducción del sistema de doble instancia, pues en la actualidad ningún Acuerdo de inversión a nivel mundial contempla la posible apelación de los laudos dictados por el Tribunal arbitral competente. El sistema más parecido sería el integrado por las normas previstas en el *International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)* y en la *United Nations Commission for the Unification of International Trade Law (UNCITRAL)*, que permiten la anulación sobre la base de unas causas tasadas de carácter procesal. Desde la óptica de una adecuada tutela judicial de los intereses de los inversores/contribuyentes, aplaudimos la decisión de la Comisión de articular la posibilidad de corregir resoluciones injustas o erróneas por la vía de la apelación, como elemento imprescindible de todo sistema judicial o *quasi* judicial. Inspirado en el órgano de apelaciones de la Organización Mundial del Comercio, este sistema no parece contar, *a priori*, con la oposición de EEUU, máxime si se tiene en cuenta que este país ha incluido una referencia a la posible creación de un órgano de apelación en sus Acuerdos de inversión desde 2002<sup>79</sup>.

También se valora favorablemente la adopción de un código ético reforzado por parte de la Comisión europea, al objeto de asegurar la imparcialidad de los jueces. Con arreglo al mismo, previsto en el Anexo II de la Sección III, que se aplicará junto con los requisitos ordinarios exigidos en la selección, los jueces, mientras estén adscritos a la Corte, no podrán ejercer como abogados de parte, ni participar como expertos o testigos de parte en ninguna disputa en materia de protección de inversiones.

Igualmente reseñables son las medidas arbitradas a fin de garantizar la deseable transparencia en las decisiones, mediante la remisión —prevista en el artículo 18 de la Sección 3, del Capítulo II del Título sobre *«Trade in services,*

---

internacional. Por su parte, el Tribunal de Apelación estará conformado por seis miembros, dos nacionales de EEUU, dos de Estados miembros de la UE y dos de terceros Estados, con la misma cualificación.

78. También en esta línea: SOLER ROCH, M<sup>a</sup>.T.: «El arbitraje (...)». Ob.cit. pp. 379 y 380.

79. European Commission: «Concept Paper Investment in TTIP and beyond: the path for reform», p. 9. accesible en: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc\\_153408.PDF](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF) (última consulta: 20 de septiembre de 2019).

*investment and e-commerce*— a la aplicación de las reglas sobre transparencia de la *UNCITRAL*, recogidas en el Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el marco de un Tratado, lo que permite superar las críticas formuladas contra el sistema de ISDS.

Con todo, una de las principales mejoras incorporadas por la presente propuesta consiste en la notable reducción de los plazos de duración de los arbitrajes *ISDS*, que se dilataban hasta los 6 años, incluyendo los procedimientos de anulación de los laudos. El establecimiento de una duración máxima del procedimiento de dos años ante la Corte permanente (18 meses ante el Tribunal de Primera Instancia y 6 meses ante el Tribunal de Apelación) constituye, en nuestra opinión, todo un reto a conseguir y merece, por tanto, una valoración positiva, siempre que se pongan todos los medios materiales y humanos necesarios y, merced a ello, la duración real del procedimiento logre ajustarse en la práctica al plazo temporal marcado como objetivo<sup>80</sup>.

Como es obvio, la propuesta de una Corte Internacional permanente no está exenta de dificultades y aspectos mejorables, puestos de relieve por un sector de la doctrina<sup>81</sup>, que habla de «desnaturalización» de la institución arbitral y correlativa «judicialización» en su configuración. A nuestro parecer, sin embargo, el *quid* de la cuestión reside en el nivel de protección que se consiga otorgar al contribuyente, en su calidad de inversor, más allá de nominalismos y caracterizaciones del sistema que, en todo caso, es evidente que queda al margen de la jurisdicción ordinaria. Desde esta perspectiva, creemos que en la hipótesis de que las negociaciones UE/EEUU cristalizaran, esta figura contribuiría a incrementar —aunque fuera indirectamente— la tutela de los intereses de los obligados tributarios, al tiempo que supondría un modelo aceptable con vistas a la deseable instauración de un Tribunal Fiscal Internacional.

#### IV. CONCLUSIÓN

La decisión del TJUE dictada en el Caso *Achmea*, refrendada por la Comunicación de la Comisión europea de 2018 sobre protección de la inversión *intra*-UE, ha determinado el fin de los tratados de inversión intracomunitarios, al prohibir que un órgano arbitral pueda resolver cuestiones sujetas al Derecho de la UE. La viabilidad de las propuestas alternativas sugeridas por la propia Comisión europea pende ahora del Dictamen a emitir por el TJUE, siendo destacable

---

80. Pese a considerar meritorio el compromiso de la Comisión europea en este extremo, BEDOYA y RAMÍREZ-PÉREZ-LLORCA se muestran escépticos acerca de la efectividad de esta reducción temporal en la tramitación del procedimiento, que estiman excesivamente ambiciosa, a la vista de la complejidad de los asuntos a dilucidar y de las dificultades ligadas a este tipo de procedimientos. BEDOYA, F. y RAMÍREZ-PÉREZ-LLORCA, J.L.: «Un sistema (...)». Ob.cit. p. 50.

81. Sobre las críticas al Tribunal Internacional de Inversiones, véase la recopilación y sistematización efectuada por: PÉREZ BERNABEU, B.: «Consecuencias (...)». Ob.cit. pp. 178-183.

la Declaración política suscrita por la mayoría de Estados miembros en este sentido el 15 de enero de 2019.

Hasta la fecha las actuaciones efectuadas se han centrado en los supuestos *intra*-UE, con el resultado de privar a los inversores/contribuyentes europeos de un cauce alternativo de resolución de conflictos, en clara desventaja<sup>82</sup> con los extracomunitarios, que sí conservan el acceso a esta instancia arbitral y gozan, por ello, de un mayor grado de protección jurídica. Esta asimetría no debería traducirse en un trato de favor para estos últimos.

A nuestro juicio, sin embargo, de la Sentencia recaída en el Caso *Achmea* no es posible inferir una desaprobación del arbitraje como mecanismo de solución de controversias. Antes al contrario, abogamos por un reforzamiento de la vía arbitral en este ámbito, hacia la que se orientan las tendencias internacionales, caracterizadas adicionalmente por la multilateralidad<sup>83</sup> que se impone en el mundo actual y, por ende, en la búsqueda y diseño de posibles soluciones fiscales.

En esta línea, y, a la vista de la incertidumbre que se cierne sobre las propuestas alternativas formuladas en el campo de la protección de inversiones, defendemos la viabilidad del TJUE como Corte Fiscal Arbitral en el seno de la Directiva de resolución de litigios fiscales de 2017, al objeto de mejorar la eficacia de los mecanismos de solución de disputas tributarias en la UE. Esta construcción se fundamenta en el artículo 273 TFUE y ha sido recientemente respaldada por el primer caso sometido a dicho Tribunal, en su función arbitral, y consiguiente pronunciamiento, dictado el 12 de septiembre de 2017, en el ámbito del CDI entre Austria y Alemania de 2000.

Ya en el plano supraeuropeo, proponemos adoptar el Tribunal Internacional de Inversiones del *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP), actualmente en vías de negociación entre EEUU y la UE, como modelo para una futura Corte Fiscal Internacional, en el convencimiento de que si bien esta figura no está exenta de dificultades y aspectos perfectibles, sí contribuiría a incrementar la tutela de los intereses de los obligados tributarios en la solución de los conflictos fiscales internacionales.

---

82. VILLAR EZCURRA, M.: «Implicaciones (...)». Ob.cit. p. 182; PÉREZ BERNABEU, B.: «Redefiniendo (...)». Ob.cit.

83. RIBES RIBES, A.: «La multilateralidad en la Fiscalidad Internacional al hilo de la Acción 15 BEPS», en: HOYOS JIMÉNEZ, C., GARCÍA NOVOA, C. y FERNÁNDEZ CARTAGENA, J.A. (Dirs.): Nueva Fiscalidad, Estudios en Homenaje a Jacques Malherbe, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2017, pp. 581-604; SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO, G.: «El multilateralismo y su repercusión fiscal en un entorno post-BEPS», en *Revista de Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales*, n° 4, 2017, pp. 91 y 92.



## VI. BIBLIOGRAFÍA

- BEDOYA, F. y RAMÍREZ PÉREZ-LLORCA, J.L.: «Un sistema de Corte Permanente como alternativa al arbitraje de inversión: ventajas y desventajas», en *Revista del Club Español de Arbitraje* n° 26, 2016, pp. 39-56.
- BOULOGNE, F.: «Implications of the CJEU's Achmea decision (C-284/16) on tax treaty arbitration», en *Kluwer International Tax Blog*, March 26, 2018, <http://kluwertaxblog.com/2018/03/26/implications-cjeus-achmea-decision-c-28416-tax-treaty-arbitration/>
- CHAISSÉ, J.: «International Investment Law and Taxation: from coexistence to cooperation», en *The E15 Task Force on Investment Policy*, January 2016, <http://e15initiative.org/wp-content/uploads/2015/09/E15-Investment-Policy-Chaisse-FINAL.pdf>
- Commission's factsheet on the multilateral investment court. Accesible en: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/september/tradoc\\_156042.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/september/tradoc_156042.pdf)
- DAHLQUIST, J., LENK, H. y RÖNNELID, L.: «The infringement proceedings over intra-EU investment treaties - an analysis of the case against Sweden», en *European Policy Analysis* vol.4, 2016, <http://www.sieps.se/en/publications/2016/the-infringement-proceedings-over-intra-eu-investment-treaties-an-analysis-of-the-case-against-sweden-20164epa/>
- DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, J.: «El arbitraje internacional como cauce de protección de los inversores extranjeros en los APPRIs», en *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez* n° 11, 2005.
- EDWARDES-KER, M.: «Tax treaty interpretation», The International Tax Treaty Series, In-Depth Publishing, Dublin, loose-leaf edition, 1994.
- EUROPEAN COMMISSION - Press Release: «Commission asks Member States to terminate their intra-EU bilateral investment treaties», Brussels, 18 June 2015.
- HOBER, K.: «Investment treaty arbitration: a brief overview», en *Intertax* vol.42, n° 3, 2014, pp. 189-193.
- LUCHENA MOZO, G.M<sup>a</sup>.: *Procedimientos de resolución de controversias tributarias internacionales: entre BEPS y la UE*, Thomson Reuters - Aranzadi, 2017.
- «El nuevo escenario comunitario de mecanismos de resolución de litigios de doble imposición en la Unión Europea. Análisis de la STJUE de 12 de septiembre de 2017, Asunto C-648/15», en *Revista de Contabilidad y Tributación (CEF)* n° 417, 2017, pp. 103-110.
- MICHEL, B.: «Austria v. Germany (Case C-648/15): The ECJ and its new tax treaty arbitration hat», en *European Taxation Journal* vol.58, n° 1, 2018, pp. 2-13.
- Non-paper from Austria, Finland, France, Germany and The Netherlands, presented on April 2016 to the Trade Policy Committee of the Council. Accesible en: [https://www.tni.org/files/article-downloads/intra-eu-bits2-18-05\\_0.pdf](https://www.tni.org/files/article-downloads/intra-eu-bits2-18-05_0.pdf)
- PASCUAL VIVES, F.: «La Unión Europea y el arbitraje de inversión en el CETA y el TTIP», en *Revista Española de Derecho Internacional* vol.69, n° 1, 2017, pp. 287-294.

- PÉREZ BERNABEU, B.: «Consecuencias en materia tributaria del Capítulo sobre inversiones del TTIP», en *Crónica Tributaria* n° 161, 2016, pp. 145-183.
- «Límites a la autonomía legislativa en materia tributaria derivadas del TTIP: el regulatory chill effect», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* n° 34, 2016-II, pp. 211-239.
- «El concepto de expropiación indirecta del Derecho Internacional de inversiones como límite al poder tributario de los Estados». Comunicación presentada en el I Seminario de Derecho Internacional Privado sobre «Regulación de la actividad económica en el ámbito internacional y libertad de establecimiento (cuestiones societarias, fiscales, de Derecho de la competencia, Derecho privado y arbitraje)», celebrado en Barcelona los días 26 y 27 de octubre de 2017.
- «El arbitraje internacional de inversiones previsto en los APPRI como medida alternativa de resolución de conflictos en materia tributaria», en: CHICO DE LA CÁMARA, P. (Dir.): *Las medidas alternativas de resolución de conflictos (ADR) en las distintas esferas del ordenamiento jurídico*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 629-657.
- «El arbitraje internacional de inversiones como fuente de protección del contribuyente en el ámbito internacional tras la Sentencia del TJUE de 6 de marzo de 2018, Caso Achmea», en: RUDA GONZÁLEZ, A. y JEREZ DELGADO, C. (Coords.): *Estudios sobre Jurisprudencia Europea* (Materiales del III Encuentro anual del Centro español del European Law Institute), Editorial SEPIN (de inminente publicación).
- «Redefiniendo la estrategia europea de resolución de conflictos tributarios relacionados con la inversión extranjera: implicaciones para los actuales mecanismos arbitrales de resolución de controversias tributarias en el ámbito internacional», en Documentos de trabajo (IEF) n° 11, 2019, pp.236-247.
- RIBES RIBES, A.: «La resolución de los conflictos hermenéuticos en los convenios para evitar la doble imposición internacional», en *Revista de Contabilidad y Tributación (CEF)* n° 235, 2002, pp. 3-62.
- «La multilateralidad en la Fiscalidad Internacional al hilo de la Acción 15 BEPS», en: HOYOS JIMÉNEZ, C., GARCÍA NOVOA, C. y FERNÁNDEZ CARTAGENA, J.A. (Dir.): *Nueva Fiscalidad*, Estudios en Homenaje a Jacques Malherbe, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2017, pp. 581-604.
- SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO, G.: «El multilateralismo y su repercusión fiscal en un entorno post-BEPS», en *Revista de Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales* n° 4, 2017, pp. 89-112.
- SERRANO ANTÓN, F.: *La resolución de conflictos en el Derecho Internacional Tributario: procedimiento amistoso y arbitraje*, Civitas - Thomson Reuters, 2010.
- «Seguridad jurídica y gestión del riesgo: tax rulings, APA, procedimientos amistosos, arbitraje y otras técnicas en la era post-BEPS», en *Revista de Contabilidad y Tributación (CEF)* n° 419, 2018, pp. 5-58.
- SKAAR, A.A.: «The legal nature of mutual agreements under tax treaties», en *Tax Notes International* vol.5, n° 6, 1992.

- SOLER ROCH, M<sup>a</sup>.T.: «El arbitraje internacional en materia tributaria ¿cuestión pendiente o nueva frontera?», en: GARCÍA-OVIES SARANDESES, I., PEDREIRA MENÉNDEZ, J. y SESMA SÁNCHEZ, B. (Dirs.): *Conflictos actuales en Derecho Tributario*, Homenaje a la Profesora Manuela Fernández Junquera, Aranzadi, 2017.
- VERHAGEN, H.: «The European Court of Justice as Court of Arbitration for disputes under DTA's (Case C-648/15), Austria v. Federal Republic of Germany», en *Kluwer International Tax Blog*, 13 September 2017. Accesible en: <http://kluwertaxblog.com/2017/09/13/european-court-justice-court-arbitration-disputes-dtas-case-c-64815-austria-v-federal-republic-germany/>
- VILLAR EZCURRA, M.: «La toma de postura de la Comisión europea sobre los límites del arbitraje entre Estados», en el *Blog Hay Derecho*, 27 de julio de 2018, <https://hayderecho.com/2018/07/27/la-toma-de-postura-de-la-comision-europea-sobre-los-limites-del-arbitraje-entre-estados/>
- «Implicaciones del Caso «Achmea» en asuntos fiscales: límites al arbitraje, jurisdicción exclusiva del TJUE y convenios de doble imposición internacional», en *Quincena Fiscal* n° 1-2, 2019, pp. 147-182.
- VOJE, J.: «EU Tax dispute resolution Directive (2017/1852): Paving the path toward a European Tax Court?» en *European Taxation Journal* vol.58, n° 7, 2018, pp. 309-317.
- ZÜGER, M.: «The ECJ as Arbitration Court for the new Austria-Germany tax treaty», en *European Taxation Journal* vol.40, n° 2, 2000, pp. 101-105.